Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XII.

Iſt das auxilium divisionis unabhängig von gleichzeitiger und gemeinſamer Eingehung der Mitbürgſchaft?

Von

Herrn Dr. W. Girtanner,
Profeſſor in Kiel.

Die in der Ueberſchrift geſtellte Frage iſt in neuerer Zeit von zwei oberſten Gerichtshöfen verneint worden, nämlich von dem Oberhofgerichte zu Mannheim [1]) und von dem Oberapellationsgerichte zu Wiesbaden. [2]) Auch unter den Theoretikern hat ſich eine Stimme dafür erhoben, welche namentlich auf das zweite Erkenntniß von Einfluß geweſen. [3])

Dieſe Thatſache gegenüber der andern, daß von jeher die herrſchende Lehre das Gegentheil, d. h. die Bejahung jener Frage, angenommen, [4]) dürfte eine etwas genauere Erörterung dieſes Streitpunkts um ſo mehr rechtfertigen, da derſelbe in der Literatur, auch in der neuern, nur wenig beſprochen iſt. Ich ſelbſt habe in meiner Schrift: „Die Bürgſchaft nach gemeinem Civilrechte, Jena 1851“ (S. 466) mich nur ſehr kurz darüber geäußert, indem ich es für genügend hielt, daß in den Quellen nirgends bezüglich des auxilium divisionis ein Unterſchied zwiſchen

1) Mitgetheilt (aus den Jahrbüchern d. OHG. N. F. Jahrg. X. S. 345.) in Seuffert's Archiv f. Entſcheidgen. Bd. III. nr. 263. S. 284.

2) V. 8. März 1854. Mitgetheilt in Seuffert's Archiv Bd. XIII. (1859) nr. 27. S. 38 f.

3) Seuffert in ſ. Archiv Bd. VI. S. 58. Note 2.

4) Die Belege dazu werden ſich aus dem weiterhin zu Bemerkenden ergeben. Daß auch die Praxis der neueſten Zeit davon nicht allgemein abgegangen, beweiſt ein Erkenntniß des Obertribunals zu Stuttgart vom 18. Mai 1852, mitgetheilt in Seuffert's Archiv Bd. VI. nr. 43, worin die Frage bejaht wird.

gleichzeitiger und successiver Mitverbürgung aufgestellt werde, daß ein solcher Unterschied auch in der Theorie seit den Zeiten der Glosse immer nur ohne Erfolg geltend gemacht worden und daß auch innere Gründe, die dafür sprächen, nicht zu ersehen. Da aber jetzt von Seuffert ein neuer Versuch gemacht ist, die abweichende Lehre zu begründen und dieselbe dadurch weitere Verbreitung zu gewinnen scheint, so will ich das, zwar keineswegs schwierige, doch vielleicht nützliche Werk unternehmen, nicht nur die Unhaltbarkeit dieser Begründung, sondern auch den directen Widerstreit dieser Lehre mit den Quellenaussprüchen nachzuweisen.

Der neue Lehrsatz wird in dem ersterwähnten Erkenntnisse so gefaßt: „Nach gemeinem Recht gehört zum Begriffe der Mitbürgschaft, welche die Theilung begründet, eine gemeinsame, gleichzeitige Uebernahme der Bürgschaftslast und ein früherer Bürge, der für das Ganze allein und ohne Rücksicht auf andre Bürgen eingetreten ist, kann dadurch nicht in eine bessere Lage kommen, daß der Gläubiger später eine weitere Bürgschaft erwirkt." In dem weitererwähnten, dem vom OAG. zu Wiesbaden bestätigten Erkenntnisse des Hofgerichts zu Dillenburg wird angenommen, „daß die Einrede der Theilung einem Bürgen nur dann zustehe, wenn sich die übrigen Bürgen derselben Forderung entweder gleichzeitig in einem und demselben Vertrage, wenn auch in abgesonderten Erklärungen oder wenigstens mit deutlich ausgesprochener Beziehung auf die bereits bestehende Bürgschaft verpflichtet haben." —

Hinsichtlich der Gründe sind wir dabei lediglich verwiesen auf das von Seuffert in seinem Archiv Bd. 17. S. 58. Anm. 2, Bemerkte. Sollte aber nun die Widerlegung des dort Gesagten hier versucht werden, so hieße das, sich die Aufgabe ungebührlich erleichtern. Ist doch jene Ansicht schon früher, so schon von Accursius [5]), sowie von Durantis, dem s. g. Speculator, aufgestellt, und noch in neuerer Zeit z. B. von Kritz (Pandektenrecht I. 1. S. 178 f.) vertheidigt worden.

5) Accurs. gloss. ad l. 28 D. de fidejuss.; Durandi Spec. jur. II. 2. de renunc. et conclus. nr. 13. Dieser Letztere citirt auch Azo, s. darüber unten Note 23. —

Wir wollen daher alle die von irgendwelchen Vertheidigern geltendgemachten Argumente zusammenstellen und einer eingehenden Prüfung unterwerfen. —

Beginnen wir mit den Quellenaussprüchen, auf welche dabei Bezug genommen worden, um so eine feste Grundlage zu gewinnen.

Die Stellen, welche Seuffert a. a. O. für seine Ansicht als Zeugnisse anführt, sind sämmtlich solche, in denen das auxilium divisionis bezüglich mehrerer Mitbürgen in der Weise erwähnt wird, daß von diesen entweder ausdrücklich der gleichzeitigen Verbürgung gedacht oder doch wenigstens der Ausdruck: „confidejussores" gebraucht ist. Gleichzeitige Verbürgung (uno actu) wird allerdings vorausgesetzt in l. 51 pr. D. de fidejuss.:

Inter eos fidejussores actio dividenda est, qui „solidum et partes viriles" fide sua esse jusserunt. Diversum erit verbis ita conceptis: „Solidum aut partem virilem fidem tua esse jubes?" tunc enim ab initio non nisi viriles partes singulos debere conveniet.

Hier untersucht Papinian (aus dessen responsa das Fragment genommen ist) den Einfluß, den die besondre Fassung eines Bürgschaftsvertrags, den Mehrere gemeinschaftlich eingehen, auf die Haftung derselben ausübe. Hieß es: „solidum aut partem virilem" etc., so haftete Jeder nur für einen Kopftheil. Im Gegensatze zu dieser Formulirung bemerkt er über die andere — auf solidum et partes viriles gehende, daß hier Jeder in solidum hafte und nur durch das auxilium divisionis Theilung erlangen kann. Ist aber damit, mit solcher Interpretation verschiedner Stipulationsformeln auch nur mit einem Worte gesagt, daß die Anwendung der epistola Hadriani die Gleichzeitigkeit der Verbürgung erheische?

Als ebensowenig beweisend ergibt sich schon auf den ersten Blick l. 3 Cod. de fidejuss. (VIII. 41), aus welcher die Worte:

Nam licet significes adjectum esse in obligatione, ut singuli in solidum tenerentur, tamen nihil haec res mutat conditionem juris et constitutionem —

in Bezug genommen werden. Hier ist klar und deutlich, daß in dem Falle, in welchem das Rescript ergangen, die Mitverbürgung entweder uno actu geschehen oder doch bei der Verbürgung jedes

Einzelnen auf die der Andern hingewieſen war. Aber eben darum und weil das Reſcript ſich nur auf dieſen concreten Fall bezieht, kann es gar nicht in der Abſicht deſſelben liegen, in jenen Worten oder in dem Schlußſatze: sed ubi sunt omnes idonei in portionem obligatio dividitur — die Bedingungen der Theilung überhaupt feſtzuſtellen und dieſelbe ausſchließlich auf dieſen Fall zu beſchränken oder als darauf beſchränkt darzuſtellen. —

Allgemeiner freilich iſt gehalten der Ausſpruch in l. 10. §. 1. Cod. eod.:

Ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.

Aber auch dieſe Worte ſind einem Reſcripte (des Kaiſers Severus Alexander) entnommen, auch hier läßt ſich die Faſſung: ut — is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur — als durch den concreten Fall veranlaßt denken. Iſt es doch bekannt genug, daß wir bei Reſcripten ſehr vorſichtig ſein müſſen in der Argumentation aus darin erwähnten Vorausſetzungen, wenn wir nicht mit den beſtbeglaubigten allgemeinen Principien in Widerſpruch gerathen wollen.

Gar nicht hierher aber gehört Nov. 99. c. 1., worauf ſich Seuffert a. a. O. gleichfalls berufen hat. Wird auch in derſelben allerdings der Fall behandelt, „wo ſich die Mehreren miteinander verpflichtet haben," ſo iſt doch dort, mag man über den Inhalt dieſer Novelle im Uebrigen auch ſtreiten, keinesfalls ein Fall geſetzlich normirt, auf welchen die epistola Hadriani ihrer Tendenz nach Anwendung finden konnte.[6]) — Wenigſtens darf jetzt wohl die von einigen Aeltern aufgeſtellte Anſicht, daß Nov. 99.

6) Auch wenn man Nov. 99. von dem Falle verſtehen wollte (wie z. B. v. Savigny Oblig. A. I. S. 282), wo die Correalſchuldner mit dem Correalſchuldvertrag noch beſondre Verträge wechſelſeitiger Verbürgung verbunden haben, ſo wäre doch ein Unterſchied von einfachen Mitbürgen begründet theils durch dieſe Verbindung der Verbürgung mit correaler Hauptſchuldhaftung, theils dadurch, daß dann doch der Gegenſtand, die verbürgte Schuld nicht für jeden dieſelbe wäre, ja z. B. in dem Falle, wenn es ſich nur um zwei Correalſchuldner handelte, ganz auseinander fallen würde. Vgl. l. 43 D. de fidejuss.

gerade auf Mitbürgen ſich beziehe und das Recht der epistola Hadriani geändert habe, als vollſtändig beſeitigt und aufgegeben angenommen werden, wie denn auch in der That dieſe Auffaſſung weder mit den Worten noch mit dem in der Einleitung bezeichneten Anlaſſe (der Anknüpfung an Nov. 4.) ſich vereinigen läßt.

Was endlich den Ausdruck: confidejussores betrifft, der ſich bei Erörterung des auxil. divisionis in l. 10 pr. D. de fidejuss. und l. 27. §. fin. eod. findet, ſo iſt es ganz ungerechtfertigt, denſelben ausſchließlich auf gleichzeitig verpflichtete Mitbürgen zu beziehen. Läge eine ſolche Beziehung auch wirklich in dem Wortſinne, ſo würde es doch nicht unmöglich, ſondern höchſt wahrſcheinlich ſein, daß von dem gewöhnlichen und regelmäßigen Falle die Benennung hergenommen ſei, womit dann alle Mitbürgen, auch die ſucceſſiv eingetretenen, bezeichnet worden — beſonders da die Römer keinen andern allgemeinen Ausdruck für dieſes Verhältniß haben. — Allein es kann auch nicht einmal eine ſolche Beziehung in dem Wortſinne gefunden werden.

Die Gemeinſchaft, die durch das „Con“ in confidejussor hervorgehoben wird, muß ſich nicht nothwendig auf einen gemeinſamen Akt des fidejubere, ſondern kann ſich ebenſogut beziehen darauf, daß Mehrere gemeinſam haben das Haften als fidejussores für dieſelbe Schuld, gerade ſowie wir mit dem deutſchen Ausdrucke: Mitbürgen nicht bezeichnen die Gemeinſamkeit des Verbürgens, ſondern des Bürgeſeins. Es fehlt auch nicht an einem Belege für dieſen Sprachgebrauch; einen ſolchen liefert l. 48 §. 1 D. eod., wo Papinian den früher angenommenen Bürgen im Verhältniſſe zu dem ſpäter eingetretenen als confidejussor bezeichnet.

Ich wende mich nunmehr zu den Stellen, die zwar Seuffert nicht für ſich anführt, die jedoch allerdings mit einigem Schein gebraucht werden könnten, um den hier zu prüfenden Satz zu begründen und auf welche auch deshalb ſchon in der Gloſſe und von Spätern Bezug genommen iſt.

Von beſondrer Wichtigkeit könnte die Verordnung Juſtinians ſcheinen, in welcher er ſich für Ausdehnung des auxil. divisionis auf mehrere Conſtituenten oder genauer: auf die durch constitutum begründete Mitbürgſchaft ausſpricht.

C. 3 Cod. de constit. pecunia:

Divi Hadriani epistolam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fidejussores loquitur locum habere in his etiam, qui pecunias pro aliis simul constituunt, necessarium est; aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet.

Daß hier Justinian mit den Worten simul constituunt eine gleichzeitige Verbürgung uno actu bezeichne, soll nicht bestritten werden. Daraus könnte nun freilich nur gefolgert werden: vorausgesetzt, daß im heutigen Rechte jede Bürgschaft nach den Grundsätzen des constitutum zu behandeln sei, darf auch die Rechtswohlthat der Theilung nur denen zu Gute kommen, die sich uno actu verbürgt (qui simul constituunt). Aber auch dieß schon wäre eine so bedeutende Stütze für die neue Ansicht, daß ihr damit für die praktische Anwendung ein bedeutender Einfluß gesichert wäre.

Läßt sich aber das Gesagte wirklich folgern? Justinian beruft sich in c. 3. cit. auf eine „aequitatis ratio" — was meint er damit? Erinnern wir uns dabei eines Ausspruchs von Papinian in l. 7. D. XXVII. 7., wo er die Anwendung des auxil. divisionis auf mehrere Mandatoren erwähnt. Als Grund dafür gibt er an: si enim quod datum pro alio solvitur — cur species actionis aequitatem divisionis excludit? — Die Worte Justinians in unser c. 3. klingen fast wie eine einfache Reminiscenz: Aequitatis enim ratio diversas species actionis nullo modo excludere debet.[7]) Die aequitatis ratio aber, die Papinian im Sinne hat, beruht darauf, daß die Haftung für eine fremde Schuld den Anspruch auf Theilung als eine Begünstigung zur Folge habe.

Danach würde in dem „simul" der c. 3. cit., wenn es auf den gemeinsamen Verbürgungsact hinweisen sollte, keineswegs die Bezeichnung einer wesentlichen Voraussetzung für die Rechtswohlthat der Theilung gefunden werden dürfen. Welcher Ge-

7) Der Text ist wohl als verderbt anzusehen und entweder mit Russard: aequitatis enim rationem diversa species etc. oder mit Charondas: aequitatem enim divisionis species etc. zu lesen. —

danke aber jener aequitatis ratio zu Grunde gelegen, davon wird noch weiterhin näher die Rede sein; hier genügt, daß nach Papinian, dessen Aeußerung in c. 3. vorschwebte, die Haftung für fremde Schuld das Entscheidende ist.

Wollte man aber auch dieser Argumentation nicht beitreten, so würde man doch aus der angeführten const. 3. eine Beschränkung der Theilung auf gleichzeitige Verbürgung nur unter der Voraussetzung herleiten können, wenn diese Beschränkung bisher noch Pandektenrecht für das benefic. divisionis unter fidejussores gegolten hätte. Läßt sich dieß nicht erweisen, läßt sich sogar im Gegentheil der Beweis führen, daß für die epistola Hadriani die Gleichzeitigkeit der fidejussio keinen wesentlichen Unterschied machte, so verliert auch die l. 3. cit. die Beweiskraft. Denn es geht aus derselben soviel klar hervor, daß Justinian das Recht der Theilung genau in der Gestalt, wo es für fidejussores und mandatores unbestritten galt, auf das constitutum ausdehnen wollte. Darüber lassen die Worte: „necessarium est" und die Schlußworte: „aequitatis enim ratio — debet" keinen Zweifel. Es soll kein Einwurf gegen die Anwendbarkeit der divisio daher entnommen werden, daß es sich um: diversa species actionis handle.

Demnach ließe sich die Berufung auf c. 3. cit. in dieser Frage einfach als petitio principii zurückweisen. Aller Zweifel aber wird gehoben, wenn der Nachweis gelingt, daß bestimmte Quellenerzeugnisse die Gemeinsamkeit des Verbürgungsacts als gleichgültig erscheinen lassen für die Anwendung des auxil. divisionis auf fidejussores. Dieser Nachweis soll im weitern Verlaufe dieser Abhandlung erbracht werden. —

Man hat sich ferner für die hier zu prüfende Ansicht gestützt (so z. B. Kritz a. a. O.) auf:

l. 15. §. 1. D. de fidejuss. (Julianus):

si ex duobus, qui apud te fidejusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur, et si ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summoveris: reliqua autem quinque si a priore fidejussore petere institueris, doli mali exceptione summoveris.

Aus dieser Stelle könnte man in sehr bestechender Weise folgendergestalt argumentiren. Der Jurist setze voraus, daß der

eine der beiden Bürgen erſt ſpäter hinzugetreten ſei, denn er bezeichne den einen derſelben als „prior fidejussor.“ Es werde ferner für den Fall, daß der Gläubiger gegen den posterior fidejussor klage, geſagt: nulla exceptione summoveris, obgleich doch die Klage auf mehr als die Hälfte der ganzen verbürgten Summe (viginti), nämlich auf quindecim gerichtet ſei: So habe ſich der Juriſt nur ausdrücken dürfen, wenn dem posterior fidejussor kein Recht auf Theilung der Klage zuſtand. Da nun ein anderer Grund für den Wegfall des auxilium divisionis nicht erwähnt ſei, ſo bliebe nur übrig, einen ſolchen Grund eben darin zu finden, daß der eine Bürge erſt ſpäter hinzugetreten ſei, nicht gemeinſam mit dem Andern uno actu ſich verbürgt; denn dieſer Umſtand ſei ja doch angedeutet durch die Worte: „a priore fidejussore.“

Bei dieſer Argumentation iſt vorausgeſetzt 1. daß mit „prior fidejussor“ ein Verhältniß der Zeitfolge für die beiden fidejussiones bezeichnet ſein ſoll. Dieß vorausgeſetzt iſt unter dem „prior“ entweder zu verſtehen Derjenige, von dem die quindecim gefordert ſind, von dem unmittelbar vorher (mit „ab altero“) die Rede iſt; dann hätte Julianus es recht auf Unverſtändlichkeit angelegt, daß er ſtatt „ab eodem, qui prior fidejusserat“ geſagt: „a priore“; oder Derjenige, der die quinque gegeben; dann könnte aus der Stelle nicht hergeleitet werden der Satz, daß die Verbürgung des Einen mit Rückſicht und Beziehung auf die des Andern geſchehen müſſe, um das ben. div. zu begründen, denn dann wäre hier unbedingt wegen des ſpätern Hinzutritts des Beklagten dieſem ſpätern Bürgen das ben. div. verſagt, bei welchem die Beziehung auf den zuerſt eingetretenen Bürgen doch ſehr denkbar. Man müßte dann das Erforderniß unbedingt gleichzeitiger Verbürgung aufſtellen. Ueberhaupt aber iſt für das „prior“ jene Bedeutung der Zeitfolge unter den beiden fidejussiones anzunehmen keineswegs nothwendig, es kann auch jener Ausdruck nur bedeuten ſollen den in der Erörterung des Juriſten zuerſt erwähnten und dafür ſpricht, daß der Juriſt bei der Feſtſtellung des zu beſprechenden Falls das zeitliche Verhältniß der Verbürgungen gar nicht berührt, wie man doch erwarten dürfte, wenn er dann auf dieſen Umſtand bei ſeiner Entſcheidung Gewicht legen wollte. Mit jener Vorausſetzung aber fällt die ganze

Beweisführung aus unserer l. 15. §. 1. — Es ist aber dabei ausgegangen auch noch weiter 2. davon, daß mit den Worten: „nulla exceptione" jede Einrede, also auch das auxilium divisionis, ausgeschlossen werden solle. Aber auch dieß kann nicht zugegeben werden. Daß der Jurist hier nur die eine Thatsache — das pactum de non petendo — ins Auge faßt und nur den Einfluß, welchen dieses auf die Haftung des Andern ausüben könne, erörtern will, das muß Jedem einleuchten. Das Natürlichste ist daher auch, das „nulla exceptione etc." davon zu verstehen, daß aus jenem pactum dem Andern keine Einrede zustehe. Der Ausdruck „nulla" darf dabei auch nicht auffallen, denn daß die Römischen Juristen beim pactum de non petendo zwischen der exceptio pacti conventi und der exceptio doli unterschieden und daß die letzte nicht nothwendig mit der erstern ausgeschlossen war, ersehen wir z. B. aus l. 21. §. 1. l. 25. §. 2. D. de pactis. Die Beziehung auf diese Einreden ist sogar die einzig mögliche, wenn wir das „prior" in dem vorher angenommenen Sinne verstehen. So ist daher auch die Stelle von jeher verstanden, so das „nulla exceptione" interpretirt worden. —[8]) Wir dürfen aber noch weiter gehen und das „nulla exceptione" — auch abgesehen von der Bedeutung des „priore" — unbedingt für verträglich mit der Anerkennung des auxilium divisionis bei dem zweiten Bürgen erklären. Es kommt nämlich in Betracht, daß der Weg, auf welchem der fidejussor nach der epistola Hadriani die Theilung durchsetzen kann, gar nicht der der exceptio ist. Er verlangt vielmehr vor der litis contestatio, daß die Klage getheilt werde. Sind die Voraussetzungen vorhanden, welche dieses Verlangen rechtfertigen und der Kläger weigert sich, demselben nachzukommen, so kann der Beklagte durch Cautionsbestellung hin-

8) Vgl. Schulting ad h. l. Die Glosse ad h. l. hat nur Bedenken wegen des beneficium cedendarum actionum, nicht aber wegen des benef. divisionis. Ein solches Bedenken hinsichtlich des Letztern findet sich dagegen allerdings bei dem Postglossator Johannes de Imola († 1436) lectura in Digest. nov. ad h. l. — Man könnte unsre Stelle auch zu erklären versuchen durch die Annahme, daß hier das auxil. divis. deßhalb wegfalle, weil der Mitbürge nicht wirksam belangt werden könne. Dieser Erklärung würde jedoch l. 48 D. eod. entgegenstehen. Von dieser l. 48. wird nachher ausführlich die Rede sein.

ſichtlich der Solvenz der Uebrigen (l. 10. pr. D. de fidejuss. 46. 1.) den Kläger zur Theilung zwingen; dann kommt es alſo gar nicht zur exceptio. Will er freilich dieſe Caution nicht beſtellen, ſo kann er auch verlangen, daß in die formula die exceptio: (l. 28. D. de fidejuss.) „si non et illi solvendo sint“ aufgenommen werde. Dieſe aber hat, wenn ſie begründet befunden wird, nicht die Nothwendigkeit der Theilung, ſondern die gänzliche Abweiſung des Klägers zur Folge.[9]) Es konnte demnach der Juriſt in unſerer l. 15. noch gar nicht über die Statthaftigkeit oder Unſtatthaftigkeit dieſer exceptio reden, ſo lange noch nicht ausgemacht war, ob der Beklagte die Theilung verlangen werde, ſodann ob die Vorausſetzungen für dieſes Verlangen begründet ſeien und ob der Gläubiger darauf eingehen oder durch Caution dazu gezwungen werde. Das Recht, die quindecim von dem Andern zu fordern, beſtand ungeſchmälert fort, denn: inter fidejussores non ipso jure dividitur obligatio ex epistola Hadriani (l. 26 D. de fidejuss.) — davon noch weiterhin. Das Recht, Theilung zu verlangen, konnte der Juriſt gar nicht mit dem Ausdruck: exceptio bezeichnen und treffen. Wollte er überhaupt die Entwicklung des Falls ſoweit verfolgen, daß auch das Theilungsverlangen des Beklagten mit deſſen Folgen in Betracht kommen ſollte, ſo lag es eben ſo nahe, ſich den Kläger als fügſam gegenüber jenem Verlangen zu denken. Er konnte dieß als ſelbſtverſtändlich vorausſetzen und dann mit dem Paſſus: „reliqua autem quinque si a priore fidejussore petere institueris“ eben den Fall beſprechen wollen, wenn der Gläubiger dem Verlangen des Beklagten gemäß, die Klage auf die quindecim theile und von Jenem nur decem, die übrigen quinque aber (danach wäre mit reliqua quinque ein Theil des quindecim bezeichnet) von dem erſterwähnten fidejussor fordern wollte. Der letzte ſollte ſich dann, obgleich er nur fünf gezahlt, doch gegen jede Klage mit der exceptio doli ſchützen können. Dieß wäre jedenfalls eher beſondrer Erwähnung entſprochen, als daß er die erhaltenen fünf nicht noch einmal fordern dürfe. Auf einen Theil der reſtirenden fünfzehn würde ſich das reliqua

9) Gajus IV. §. 123. Vgl. Keller Litiscontestation S. 569 Anm. 15.

quinque auch beziehen, wenn wir läſen [10]): et sic ab altero, quum decem potere instituerit, nulla exceptione submoveris, wie man vorgeſchlagen hat. Aber obgleich, wie mir ſcheint, dieſe Lesart viel für ſich hat, nothwendig iſt ſie doch nicht. —

Wie dem auch ſei und wie man auch die nachträgliche Forderung der „quinque" verſtehen möge, ein Widerſpruch gegen die herrſchende Lehre von dem auxilium divisionis liegt in der Stelle nicht vor.

Wenden wir uns nunmehr endlich zu einem Pandektenfragmente, das zwar von Seuffert ebenfalls nicht erwähnt wird, dagegen von den ältern Vertretern ſeiner Anſicht als die Hauptſtütze derſelben betrachtet wurde, zu der beſonders in frühern Zeiten mehrfach beſprochenen l. 48 D. de fidejussoribus (46. 1.).

Dieſe Stelle (aus Papinian's quaestiones entnommen) verdient um ſo mehr eine nähere Beleuchtung und eingehende Erörterung, als aus derſelben im Gegentheil der Nachweis geführt werden kann, daß die hier zu prüfende Annahme in directem Widerſpruch mit dem überlieferten Römiſchen Rechte ſtehe d. h. mit dem Textlaute, in welchem uns Papinians Ausſpruch in Juſtinians Sammlung überliefert iſt. Derſelbe lautet nach der Florentina:

> Si Titius et Seja pro Maevio fidejusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem, cum scire potuerit aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere. §. 1. Huic similis et illa quaestio videri potest, ob aetatem si restituatur in integrum unus fidejussor, an alter onus fidejussoris (in) integrum excipere debeat? Sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum aetatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor, ut fidejubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confidejussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dare.

Die abweichenden Lesarten Helvanders und der Vulgata (desideret ſtatt desideraret, dari ſtatt dare, das Einſchiebſel:

---

10) Mit D'Arnaud Var. conj. I. 9.

onus zwiſchen demum und alteri) ſind für den Sinn ohne Bedeutung.

Papinian behandelt hier zwei Fälle, bei welchen gleichmäßig die Frage entſteht, welchen Einfluß die Befreiung des einen Bürgen auf ſeine Mitbürgen ausübe. Für den einen Fall, wenn nämlich die Mitbürgin durch das SC. Vellejanum gegen den Gläubiger geſchützt ſei, entſcheidet der Juriſt unbedingt dahin, daß die Klage gegen den andern Bürgen in solidum gehe (dabimus in solidum adversus Titium actionem), im zweiten Falle, wenn der eine Bürge als Minderjähriger in integrum reſtituirt werde, unterſcheidet er und läßt die Klage gegen den andern Mitbürgen nur unter der Vorausſetzung auf das Ganze zu: si postea minor intercessit.

Ich habe früher[11]) nachzuweiſen verſucht, daß dieſes Fragment in ſeiner urſprünglichen Faſſung nicht von fidejussores, ſondern von sponsores oder fidepromissores gehandelt habe, welche bekanntlich nach der lex Furia ſchon ipso jure nur pro parte virili hafteten, daß daher die Ausdrücke: fidejusserint, fidejussor etc. hier (wie nachweislich auch an andern Stellen) nur durch Interpolation in den Text gekommen ſeien. Ich halte dieß auch noch jetzt für das Wahrſcheinliche und darnach würde die Stelle als gar nicht von dem auxil. divisionis handelnd für unſre Frage nur etwa analoge Anwendung geſtatten.

Ich bin jedoch jetzt bei näherer Erwägung zu der Ueberzeugung gelangt, daß die Stelle doch auch in ihrer uns überlieferten Geſtalt und wenn wir auch nur das auxil. divisionis berückſichtigen, wie es Hadrian für fidejussores eingeführt, eine ausreichende Erklärung zulaſſe und ich meine, ſo lange dieſe Möglichkeit beſteht, dürfe die Rückſicht auf die muthmaßliche urſprüngliche Faſſung für das geltende Recht nicht in Betracht kommen. —

Denken wir uns den erſten Fall (den des princ. der l. 48 cit.) in folgender Geſtalt. Für dieſelbe Schuld des Maevius

---

11) In meiner Schrift: „Die Bürgſchaft nach gemeinem Civilrechte" Jena 1851. S. 463. Dieſer Erklärung hat ſich angeſchloſſen: Arndts Pandekten §. 355 Anm. 5. (3. Aufl. S. 563).

haben sich Titius und Seja verbürgt. Der Gläubiger klagt mit actio incerta[12]) gegen den Titius und die Seja zugleich, um nicht durch litis contestatio mit dem einen Bürgen seine Klage gegen den andern zu verlieren, ohne doch von dem Beklagten mehr als die Hälfte zu bekommen (was der Fall sein würde, wenn derselbe das auxil. divisionis vorschützte und dadurch eine Einschränkung erlangt hätte, welche nur in der condemnatio [als pars formulae], nicht in der intentio: quidquid dare facere oportet hervorgetreten wäre — wenigstens ist dieß die Ansicht Keller's[13]), für welche Vieles spricht). Solche gleichzeitige Belangung aller Bürgen vor demselben Gerichte wird nicht selten erwähnt.[14]) Schützt nun die Seja das SC. Vellejanum vor[15]), so wird „subducta muliere" die Klage gegen den Titius allein auf das Ganze gegeben. Man mag sich dabei denken, daß die Statthaftigkeit des SC. Vell. schon vor der litis contestatio sofort in jure geprüft worden und nach Zulassung desselben die formula ausschließlich auf den Titius gestellt worden, oder, daß wenigstens die Frage bereits in jure behandelt und entschieden worden, welche

12) Wollten wir actio certa angestellt denken, so würden dazu die Worte: dabimus in solidum adversus Titium actionem nicht gut passen; denn für diesen Fall würde die gleichzeitige Belangung beider Bürgen nicht nöthig gewesen sein; der Gläubiger hätte die Klage noch vor der Litiscontestation auf einen Theil der bestimmten Summe beschränken können und vielleicht auch müssen, (wodurch die litis contestatio unschädlich für die Klage gegen die andern Bürgen geworden wäre). Wenn dann der Klage gegen die Mitbürgin die exc. SC. Vellejanum entgegengestellt worden wäre, so hätte die Restitution gegenüber dem andern Bürgen nur die Klage auf diese Rate betroffen. — Der Jurist hätte sich dann etwa so ausdrücken müssen: subducta muliere dabimus in ejus partem adv. Tit. act. Ueber den hier und im Texte berührten Unterschied zwischen der actio certa und incerta vgl. Keller Litiscont. S. 568 ff.

13) a. a. O. S. 569.

14) So z. B. in l. 6 D. de fidejuss. et nomin. (27. 7) und l. 28 pr. D. de appellat. (49. 1). Auf l. 51 §. 1. 4. l. 52. §. 1. D. de fidejuss. (46. 1) können mit Keller a. a. O. Note 16. davon verstanden werden. Vgl. a. c. 5 Cod. arbitr. tut. (5. 51).

15) Ob sie das thun werde und ob es nicht hier ausnahmsweise unanwendbar sei, konnte der Gläubiger nicht vorhersehen, daher hat seine Belangung der Seja neben dem Titius nichts Auffallendes.

Folge es für den Mitbürgen haben müſſe und wie der judex rückſichtlich deſſelben entſcheiden müſſe, wenn die Seja mit der exc. SC. Vell. durchdringe. In beiden Fällen konnte das Reſultat, das auch im zweiten in der formula hervortreten mußte, jedenfalls aber im 1. Fall, welcher auch an ſich der wahrſcheinlichere (da gerade die Berufung auf SC. Vell. leicht ſofort zur Abweiſung führen konnte, wie ja auch die Worte des SC.: ne — — ab his petitio neve in eas actio detur — vorausſetzen) und zu den Worten: subducta muliere am Beſten ſtimmende iſt — vollkommen paſſend bezeichnet werden mit den Worten: dabimus in solidum adversus Titium actionem und zwar in dem Sinne, daß damit zugleich die Berückſichtigung des auxil. divisionis ausgeſchloſſen war — nicht etwa, weil der andere Mitbürge als Frau nicht verpflichtet ſei, darum nicht in Betracht komme[16]), — ſondern: cum scire potuerit (sc. Titius) aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere. Dieſer Grund wird geltend gemacht, weil das auxil. divisionis noch nicht nothwendig ſchon dadurch ausgeſchloſſen iſt, daß dem Mitbürgen eine Einrede zuſteht; wie wir deutlich aus dem §. 1. unſrer l. 48. ſehen; er hört dadurch nicht auf, Mitbürge zu ſein.[17]) Iſt doch die Frau einmal als Mitbürgin vom Gläubigen angenommen worden — ſie war ihm damals als Bürgin recht und ſeitdem hat ſich in ihrer Lage nichts geändert; der Schutz des SC. Vell. ſtand ihr ſchon damals zu. So konnte der Mitbürge für die Ausübung des auxil. divisionis ſprechen und etwa ſich auf das berufen, was bei Zulaſſung eines non idoneus fidejussor galt: qui admisit eum, idoneum esse comprobavit. Endlich konnte er auch geltend machen, wenn ſein Recht auf Theilung nicht zur Anwendung kommen ſolle, ſo falle

16) Dieſer Grund würde am Platze geweſen ſein, wenn der Gläubiger zuerſt gegen die Frau geklagt und nachdem er hier abgewieſen wäre, den andern Mitbürgen belangt hätte. Da dieſer Grund hier nicht angegeben iſt, ſo ſcheint mir eben deshalb auch jener Fall nicht ſupponirt werden zu dürfen.

17) Ganz abgeſehen von der Ungewißheit, ob die Frau von der exc. Gebrauch machen will und ob dieſelbe wirklich hier ſtatthaft — worüber in unſerm Falle kein Zweifel — ſo kann doch, wenn es ſich um eine eigentliche exceptio handelt, von Statthaftigkeit und darum von Theilung der Klage auch mit Rückſicht auf einen ſolchen Mitbürgen die Rede ſein.

eine wesentliche Voraussetzung weg, von der er bei seiner Verbürgung bestimmt worden. Allein alle diese Gründe schienen dem Juristen doch überwogen zu werden durch die Rücksicht auf den Gläubiger. Die Beurtheilung, welchem von beiden geholfen werde, hing allein vom Magistrate ab. Für den Gläubiger aber sprach, daß die obligatio fidejussoris an sich auf das Ganze geht, auch nach Hadrian's epistola nicht als ipso jure getheilt gelten solle; die Sicherstellung durch zwei Bürgen konnte ihn nicht schlechter stellen, als er bei Verbürgung eines einzigen Bürgen sich gestanden hätte; er brauchte es daher mit der Prüfung der Verpflichtungsfähigkeit der Frau nicht so genau zu nehmen, wenn ihm der Titius genügte. Auf den zuletzt erwähnten Grund desselben aber bemerkt der Jurist — er scheint nur diesen als denkbar oder beachtenswerth anzuerkennen: cum scire potuerit aut ignorare non debuerit etc.

In ganz ähnlicher Weise läßt sich der zweite (in §. 1. erwähnte) Fall so denken, daß der Gläubiger den Minderjährigen und seinen Mitbürgen zugleich belangt, darauf schon in jure die Erstere restituirt wird und nun sofort, ebenfalls in jure die Frage verhandelt wird, ob gegen den andern Bürgen die Klage auf das Ganze gegeben oder der formula eine Beschränkung beigefügt werden müsse, daß der Beklagte nur auf die Hälfte condemnirt werden solle. Es hängt auch hier wieder vom Ermessen des Magistrats ab, der die zwei mit einander collidirenden Rücksichten auf den Gläubiger einerseits und auf den Mitbürgen des minor andrerseits gegen einander abzuwägen hat, welcher von beiden er den Vorzug geben will. Hier aber will der Jurist den Gläubiger nicht so unbedingt, wie im ersten Falle bevorzugt wissen; nur dann, wenn der Minderjährige erst später als Bürge hinzugetreten ist (si postea minor intercessit), soll Derjenige, der sich vorher verbürgt hatte, auf das Ganze haften. Außerdem dagegen (also wenn sich beide gleichzeitig, oder der Minderjährige sich zuerst, nachher der Andere, verbürgt) soll die Restitution des minor dem Mitbürgen desselben nichts schaden, er soll darum doch nur auf die Hälfte haften, weil er bei seiner Verbürgung dieses Resultat nicht vorhersehen konnte, weil er hoffen durfte, seine Verbürgung werde im Erfolge wegen des auxil. divisionis

doch nur zu theilweiser Verurtheilung führen. Dieß ſoll mit den als Motivirung angeführten Worten: propter incertum aetatis ac restitutionis angedeutet werden. Er konnte den Mitbürgen für großjährig gehalten oder doch gezweifelt haben, ob die Reſtitution begehrt und ob ſie ertheilt werde, insbeſondre auch, ob dieſelbe nicht durch Zeitablauf wegfallen werde. Weit beſſer freilich, der Meinung bin ich noch immer, würden dieſe Gründe paſſen, um eine Reſtitution des Gläubigers gegenüber Einem von zwei sponsores oder fidepromissores (der ipso jure nur pro rata haftete) als ungeeignet erſcheinen zu laſſen, wodurch derſelbe in die Lage verſetzt und ſo behandelt würde, als ob er ſich von Anfang an ganz allein verbürgt hätte; dazu würde auch das „succurendum creditori" und der Vergleich am Ende der Stelle vollkommen paſſen.[18]) Allein es läßt ſich doch die Entſcheidung nicht nur im Reſultate, ſondern auch in der Wortfaſſung, auch von fidejussores und von der epistola Hadriani aus verſtehen. Gehen wir davon aus, daß das auxilium divisionis nicht unbedingt nothwendig gegenüber demjenigen Mitbürgen ausgeſchloſſen war, dem nur ein prätoriſcher Schutz gegen den Klage zuſtand[19]), daß das auxil. hier geltend gemacht oder demſelben im Voraus entſprochen, jedenfalls in Anerkennung deſſelben gegen beide Bürgen zugleich geklagt war, ſo verſtand es ſich nun keineswegs mehr von ſelbſt, daß nach ertheilter in integrum restitutio dem Mitbürgen das Ganze aufgebürdet werden dürfe; ſein Recht auf Theilung konnte noch immer aufrecht erhalten werden gegenüber dem Anſpruch des Klägers, daß er in die Lage verſetzt werde, als ob ſich der minor nicht mitverbürgt gehabt und ſo das auxil. divisionis ganz außer Anwendung geblieben wäre. Es konnte aufrecht erhalten werden, wenn der Mitbürge für ſich geltend machen konnte, wie er im Vertrauen auf den Schutz der epistola

18) Non magis — — quum si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem ut. actionem sibi dari.

19) Dieſe Annahme fordert unſre Stelle, und da das Gegentheil nirgends ausdrücklich bezeugt iſt, ſo ſcheint mir nach dem vorher Geſagten kein Bedenken entgegen zu ſtehen. Von l. 15 §. 1 D. de fidejuss., woraus man etwa das Gegentheil könnte folgern wollen, iſt bereits im Vorhergehenden ausführlich die Rede geweſen. —

Hadriani ſich verbürgt habe. War dagegen der Minderjährige erſt nachher hinzugetreten, ſo konnte jenes Moment nicht für ihn geltend gemacht werden. Umgekehrt aber fiel jeder Anlaß, das Intereſſe des Gläubigers gegenüber dem Beklagten zu wahren, dann hinweg, wenn der Gläubiger dolose den Minderjährigen zur Verbürgung bewogen; dann ſollte das Recht auf Theilung unbedingt auch bezüglich des erſt nachher hinzugetretenen minor aufrecht erhalten werden. —

Soviel über den Inhalt dieſer Stelle. Daß nun dieſelbe keinen Beweis für die hier angegriffene Behauptung liefere, wird aus dem Geſagten ſchon von ſelbſt einleuchten.

Es läßt ſich aber im Gegentheil ſogar nachweiſen, daß dieſelbe geradezu unverträglich iſt mit der Art, wie l. 48. cit. die Frage, die dort geſtellt, behandelt und mit der darin gebrauchten Argumentation. Hätte das auxilium divisionis zur Vorausſetzung gehabt gleichzeitige Verbürgung oder Beziehung der Verbürgung auf eine ſchon beſtehende Bürgſchaft, ſo würde der Juriſt den Fall: „si postea minor intercessit“ entweder haben ganz außer Berückſichtigung laſſen oder als nicht in Betracht kommend ausdrücklich bezeichnen müſſen. In dieſem Falle hätte dann von einem „succurrere creditori adversus confidejussorem“ gar keine Rede ſein können, denn die Zuläſſigkeit der Klage auf das Ganze gegen dieſen Bürgen wäre gar nicht in Frage geſtellt geweſen. Ganz entſcheidend aber gegen die Möglichkeit jener Annahme iſt der Schlußſatz unſerer Stelle „Quod si dolo creditoris inductus sit minor, ut fidejubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confidejussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari.“ Dieſe Bemerkung bezieht ſich offenbar auf den unmittelbar vorher behandelten Fall: si postea minor intercessit und ſoll eine Beſchränkung der für dieſen gegebenen Entſcheidung (wonach dann der Mitbürge nach erfolgter Reſtitution auf das Ganze belangt werden dürfe) hinzufügen, nämlich die, daß der Gläubiger auch in ſolchem Falle nur die Hälfte von dem Mitbürgen verlangen könne, wenn er den minor zur Uebernahme der Bürgſchaft dolose verleitet habe. Wie konnte der Juriſt dieß ſagen, wenn das auxilium divisionis nur auf gemein-

ſam und gleichzeitig intercedirende Bürgen anwendbar geweſen wäre? Dann hätte er dem auf das Ganze unbeſchränkt haftenden Mitbürgen ein von der epistola Hadriani ganz unabhängiges neues Recht auf Theilung zugeſprochen lediglich auf Grund des ſpäter gegen einen Dritten vom Gläubiger begangenen dolus! — Statt deſſen ſpricht aber der Juriſt vielmehr von einem „non succurrendum erit creditori", was nur Sinn hat, wenn der Bürge an ſich ſchon, auch abgeſehen von dem dolus, ein Recht auf Theilung gegenüber der Klage hat, bezüglich welchen Rechts ein succurrere creditori (wegen der Reſtitution) denkbar iſt; dieſes succurrere ſoll aber dem Gläubiger wegen ſeines dolus verſagt werden; darin allein beſteht die Folge des dolus. Dazu ſtimmt auch der ſchließliche Vergleich mit der Reſtitution gegen einen durch doloſe Novation befreiten Schuldner. —

Aus dem Bisherigen ergibt ſich, wie mir ſcheint, zur Genüge, daß eine Beſchränkung des auxilium divisionis auf ſolche Bürgen, die ſich gleichzeitig und gemeinſam verbürgt, aus poſitiven Quellenzeugniſſen ſich nicht nachweiſen laſſe. In der That ſcheinen auch die Stimmen, welche in neuerer Zeit dafür ſich erhoben, mehr von innern, als von äußern Gründen ausgegangen zu ſein. Prüfen wir nun auch dieſe Seite der Motivirung.

Als einen ſolchen innern Grund macht Seuffert[20]) geltend die Regel: „daß aus Verträgen für Dritte (Nichtcontrahenten) Rechte nicht erwachſen." „Wenn" (heißt es dort weiter), „nachdem ſich früher A. dem B. für eine Schuld des C. verbürgt hat, ſpäter D. für dieſelbe Schuld durch Vertrag mit B. Bürge wird, ſo kann A. aus dieſem Vertrage zwiſchen B. und D. eine Einrede (exc. divisionis) für ſich um ſo weniger ableiten, als man (abgeſehen von etwaigen beſonderen Modalitäten einzelner Fälle) annehmen muß, daß es bei Eingehung dieſes Vertrages lediglich

20) Archiv für Entſcheidungen Bd. VI. S. 58. Anm. Auf denſelben Grund deutet hin die in demſ. Archiv III. nr. 263. mitgetheilte Entſcheidung des OHG. zu Mannheim in den Worten: „ein früherer Bürge, der für das Ganze allein und ohne Rückſicht auf andre Bürgen eingetreten iſt, kann dadurch nicht in eine beſſere Lage kommen, daß der Gläubiger ſpäter noch eine weitere Bürgſchaft erwirkt."

auf bessere Sicherstellung des B., keineswegs aber darauf abgesehen war, die Bürgschaftsverbindlichkeit des A. zu erleichtern."

Was nun zunächst diesen am Schlusse hervorgehobenen Zweck betrifft, so liegt auf der Hand, daß dem Zwecke der besseren Sicherstellung des Gläubigers das auxilium divisionis durchaus nicht im Wege steht, daß ungeachtet desselben jener Zweck durch die Annahme eines zweiten Bürgen erreicht wird. Wird nämlich der zuerst angenommene Bürge (vor geschehener Theilung der Klage) insolvent, so haftet der zweite Bürge nun auf das Ganze. Es liegt jedoch schon bei diesem Argumente die irrthümliche Vorstellung zu Grunde, als ob die exceptio divisionis ihren Grund habe in der Absicht, aus welcher der Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Mitbürgen geschlossen sei. Auf derselben unrichtigen Auffassung beruht aber, wie es scheint, überhaupt die ganze Motivirung — wenigstens ist dieselbe so gefaßt, als ob das dem Bürgen zustehende Recht auf Theilung aus dem Vertrage des Gläubigers mit seinem Mitbürgen *erwachse*. Die Regel, auf welche sich Seuffert beruft, gilt überhaupt nur von *vertragsmäßig begründetem* Rechte. Die Regel ist genauer gefaßt: ein Vertrag kann von einem Nichtcontrahenten nicht als sein von ihm geschlossener Vertrag geltend gemacht werden. Wer dagegen sich auf eine ihm günstige Thatsache berufen kann, dem steht nicht im Wege, daß diese Thatsache durch Vertrag zwischen andern Personen ins Dasein gerufen ist.[21]) — Es scheint daher, wie gesagt, bei dieser Motivirung vorausgesetzt zu sein, daß das auxilium divisionis ein *durch Vertrag* dem Bürgen erworbenes Recht sei, weshalb wohl auch das auf *Seuffert* fußende Er-

21) Man denke z. B. an das dem dritten Pfandbesitzer zustehende beneficium excussionis, kraft dessen solchem Besitzer aus dem Verbürgungsvertrage eines hinzutretenden Bürgen mit dem Gläubiger ein Recht (oder „eine *bessere*" Lage) erwächst (obgleich auch hier dieser Vertrag zu besserer Sicherung des Gläubigers, nicht zur Erleichterung des Pfandbesitzers, geschlossen wird). Auch die Expromission und die Zahlung eines Dritten dürfte jener Behauptung entgegengehalten werden. Speciell aber bezüglich des benef. divisionis wird in der oben angeführten und besprochenen l. 48 D. de fidejuss. dem Bürgen dasselbe zugesprochen, wenn sich *nach ihm* ein minor „dolo creditoris inductus" für dieselbe Schuld verbürgt hat. —

kenntniß des Hofgerichts zu Dillenburg (das ſodann vom oberſten Gerichtshofe beſtätigt ward) als Erforderniß des Rechts auf Theilung bezeichnet hat, daß „ſich die Bürgen entweder gleichzeitig in einem und demſelben Vertrage (wenn auch in abgeſonderten Erklärungen) oder wenigſtens mit deutlich ausgeſprochener Beziehung auf die bereits beſtehende Bürgſchaft verpflichtet haben.“ Wäre das Theilungsrecht anzuſehen als ſtillſchweigend im Bürgſchaftsvertrage ausbedungen, hätte demnach durch die epistola Hadriani nur dem nicht ausgeſprochenen Privatwillen Geltung verſchafft werden ſollen, ſo würde die Argumentation Seufferts richtig ſein, es würde den gemeinſam ſich Verbürgenden, außerdem auch dem ſpäter Hinzutretenden, wenn er ſich unter Bezugnahme auf eine ſchon beſtehende Bürgſchaft verpflichtet hätte, jene Einrede zuſtehen, in allen andern Fällen aber würde entgegenſtehen, daß die Bewilligung des Theilungsrechts als Wirkſamkeit eines obligatoriſchen Vertrags für Dritte erſcheinen müßte.

Nun iſt jene eben erwähnte Auffaſſung allerdings denkbar. Aber ebenſogut denkbar iſt auch eine andre Anſchauung der Sache, wonach nicht der muthmaßliche Wille der ſich Verbürgenden, ſondern das Verhältniß der für dieſelbe fremde Schuld Haftenden von Hadrian ins Auge gefaßt wäre. Das Streben, die Lage derſelben zu mildern, ſoweit es ohne Benachtheiligung des Gläubigers möglich, konnte in Verbindung mit der Anſicht, daß für ſolche demſelben Gläubiger für dieſelbe fremde Schuld Haftende, entſprechend der gemeinſamen Theilnahme an der Schuld und an der Gefahr auf das Ganze belangt zu werden, auch eine gemeinſame Theilnahme an der endlichen Befriedigung des Gläubigers das Naturgemäße ſei, zu der Beſtimmung führen, daß dieſes Reſultat von Seiten des Gläubigers durch Theilung ſeiner Klage herbeigeführt werden ſolle, wie ja auch dieſelbe Anſicht dem Rechte auf Ceſſion der Klagen gegen Mitbürgen zu Grunde lag, ohne daß deßhalb jene eben erwähnte Auffaſſung zum allgemeinen Rechtsprincipe erhoben worden wäre.

Es fragt ſich daher zunächſt erſt, welche von dieſen beiden an ſich möglichen Auffaſſungen in Wirklichkeit dem benefic. divisionis zu Grunde liege. Dabei werden aber gerade die beſondern

das auxilium divis. ausdrücklich betreffenden Sätze den hauptsächlichsten Anhalt bieten müssen und somit sind wir doch wieder auf die Untersuchung und Ermittelung einer aus den Quellen zu schöpfenden möglichst directen Beantwortung unserer Frage verwiesen.

Allerdings müssen dabei auch solche allgemeine Aussprüche berücksichtigt werden, welche das allgemeine Princip unserer Rechtswohlthat hervorheben. Es existirt jedoch m. W. nur ein einziger solcher Ausspruch, der eine solche Andeutung zu geben geeignet ist — in den Worten der schon oben angeführten aus Papinians Responsen entnommenen l. 7. D. de fidejuss. et nomin. et hered. tut. etc. (27. 7.). Dort heißt es bei Motivirung der Ausdehnung unserer Rechtswohlthat auf mehrere mandatores: „si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?“ Also nicht durch den stillschweigenden Vertragswillen will Papinian diese Ausdehnung rechtfertigen, nicht darin findet er das Princip der „aequitas divisionis“, sondern in dem gleichmäßigen Vorhandensein eines datum pro alio in beiden Fällen und dieß führt vielmehr auf den erwähnten zweiten Gesichtspunkt, wonach die Haftung für dieselbe fremde Schuld das Entscheidende ist. Daß danach das zeitliche Zusammentreffen oder Auseinanderfallen der verschiednen Verbürgungen gleichgültig erscheinen müsse, leuchtet von selbst ein.

Wichtiger noch, als dieser für das Grundprincip des auxilium gegebene Anhalt ist eine ganz direct unsere Frage berührende Entscheidung für dasselbe Resultat. Auch an einer solchen fehlt es nicht. Dieselbe ist enthalten in der oben ausführlich besprochenen l. 48 §. 1. D. de fidejuss.

Dort bespricht, wie wir gesehen, Papinian auch den Fall, wenn von zwei Mitbürgen der eine „postea intercessit“ und zwar denkt er sich diesen Fall offenbar so, daß bei der ersten Verbürgung an eine etwaige spätere des minor gar nicht gedacht sei, so daß das Bedenken „propter incertum aetatis etc.“ nicht in Betracht komme. Die Art aber, wie er diesen Fall behandelt, liefert, wie bereits oben ausführlicher gezeigt, den deutlichen Beweis, daß er die Gleichzeitigkeit der Verbürgung keineswegs als wesentliche Voraussetzung für das benef. divisionis betrachtet. Er schließt dasselbe nur aus wegen der in Folge des minder-

jährigen Alters von dem zweiten Bürgen erlangten in integrum restitutio und nur unter der weitern Voraussetzung, daß der Gläubiger bei Annahme des minor fidejussor postea intercedens nicht in dolo gewesen und dieses Ausschließen denkt er nicht als ein aus der Natur des auxilium von selbst folgendes, sondern als ein „succurrere." Auch bezeichnet er ausdrücklich den frühern Bürgen im Verhältnisse zum spätern als dessen „confidejussor." —

Dazu kommt noch folgende Bemerkung des Pomponius:

l. 43 D. de fidejuss.:

Si a Titio stipulatus, fidejussorem te acceperim; deinde eandem pecuniam ab alio stipulatus alium fidejussorem accipiam, confidejussores non erunt, quia diversarum stipulationum fidejussores sunt.

Wenn der Jurist hier den zwei Bürgen das Verhältniß zu einander als „confidejussores" abspricht, so thut er dieß offenbar mit Bezug auf die Theilung. Das Recht auf diese will der Jurist ausschließen; aber dieß motivirt er nicht durch den Mangel der Gleichzeitigkeit beider Verbürgungen, legt mithin auf diese kein Gewicht, sondern sein Grund ist: quia diversarum stipulationum fidejussores sunt. Es fehlt an Identität des Hauptschuldners.[22])

Endlich stimmt überhaupt die ganze Gestaltung des auxilium divisionis nicht mit der hier bekämpften Ansicht. Die Zeit der litis contestatio entscheidet, ob und unter welchen Personen getheilt werde; der vor der lit. cont. das Ganze zahlende Mitbürge hat keine Rückforderung des seinen Theil übersteigenden Betrags (l. 49 §. 1 D. de fidejuss.). Mit der Annahme einer im Bürgschaftsvertrage liegenden Absicht, bloß pro rata haften zu wollen

22) Nicht ohne Absicht allerdings gebraucht, wie es scheint, Pomponius den Ausdruck: „diversarum stipulationem." Er will damit die Verschiedenheit der verbürgten Schulden hervorheben, ohne doch im Ausdrucke dem Vorhandensein von „eadem pecunia" oder „una obligatio" für mehrere Correalschuldner zu widersprechen, wie auch z. B. Gajus III. 176. die „stipulatio" in Gegensatz stellt zur „obligatio." Vgl. meine Schrift: Die Stipulation, Kiel 1859. S. 240. Uebrigens gibt unsre l. 43. auch eine Stütze ab für die von Manchen bestrittene Möglichkeit des spätern Hinzutritts eines correus.

als Grundlage der Theilungsrechtswohlthat, ist diese rechtliche Natur und Beschaffenheit derselben nur schwer vereinbar.

Soviel über das Römische Recht. Danach unterliegt die Beantwortung unserer Frage keinem gegründeten Zweifel. Die Gleichzeitigkeit und Gemeinsamkeit des Verbürgungsacts mehrerer Mitbürgen ist danach keine Voraussetzung für Anwendung des auxil. divisionis. Dasselbe beruht keineswegs auf stillschweigendem Vertragswillen und es ist daher auch gleichgültig, ob der eine Bürge sich mit Beziehung auf den andern verbürgt habe oder nicht.

Ist nun vielleicht an dieser Sachlage für das heutige Recht durch deutsche Theorie und Praxis etwas geändert? Auch dieß ist entschieden zu verneinen.

Zwar scheint die Glosse des Accursius ad l. 28 (27): si plures, verglichen mit Dem, was sie zu l. 44 (43) und l. 49 (48) §. 1. bemerkt, allerdings nur den „simul acceptis fidejussoribus" das beneficium divisionis zuzugestehen[23]); wenigstens wurde sie so von Spätern verstanden; auch wurde dieselbe Ansicht von Durantis, dem s. g. Speculator, angenommen (Spec. jur. tit. de renunciat. et conclus. nr. 13). Die Hauptstützen dieser Annahme waren die oben besprochenen l. 15 §. 1. und l. 48 §. 1. (von denen die letztere, richtig verstanden, gerade das Gegentheil lehrt). Allein schon Bartolus beschränkte (ad l. 49 (48) §. 1 cit.) diese Unterscheidung der gleichzeitigen Verbürgung von der nicht gleichzeitigen auf den Fall, wenn der nachher hinzutretende fidejussor: „non efficaciter conveniri potest." Ausdrücklich sprachen ferner das benef. dem Bürgen auch gegenüber dem später hinzutretenden Mitbürgen zu, die einflußreichen Commentatoren der Institutionen: Angelus a Gambilionibus Are-

23) Zwar sollen nach der Angabe des Durantis (an dem im Text angef. O.) schon Azo und Henricus de Segusio, gen. Hostiensis, dieser Meinung gewesen sein; doch habe ich weder in Azo's Summa Codicis, noch in seiner lectura zu den einzelnen Stellen eine Andeutung davon gefunden, ebensowenig in der ausführlichen Erörterung unserer Rechtswohlthat, welche Hostiensis (Archiepiscopus) in seiner Summa decretalium rubr. tit. de fidejuss. gibt (wo in §. 7. die Frage behandelt ist: inter quos locum habet hoc benef.). Bei der Unzuverlässigkeit derartiger Citate muß daher auch dieses als zweifelhaft dahin gestellt bleiben.

tinus (oder de Aretio) ad §. si plures Inst. de fidejuss. und ſchon vor ihm Johannes Faber ebendaſ. (Videtur quod obtineat tantum, quando simul recipiuntur — — Dic contra etc.) insbeſondre auch unter Berufung auf die angeführte l. 49 (48) §. 1. Beſonders wichtig aber als Zeugniß für die Geltung dieſer Meinung als der communis doctorum opinio iſt die Aeußerung des Paulus de Castro[24]), der ſelbſt für ſeine Perſon zwar der Gloſſe beiſtimmen zu wollen ſcheint, dabei aber hinzuſetzt, die Anſicht der Doctores ſei eine andre[25]); danach komme die Gleichzeitigkeit lediglich in dem Falle in Betracht, wenn der eine Mitbürge „inefficaciter obligatus" ſei, wie in l. 48 §. 1. der minor. So dürfen wir denn unbedenklich die im Vorſtehenden vertheidigte Meinung als die bei den Poſtgloſſatoren herrſchende Lehre betrachten. —

Was ſodann die deutſche Jurisprudenz betrifft, ſo fehlt es nicht an Zeugniſſen, daß dieſe Lehre unter den deutſchen Juriſten des 16. Jahrhunderts unbeſtrittene Geltung hatte. Ausdrücklich trägt ſie vor, ohne Widerſpruchs zu erwähnen, Johannes Schneidewin († 1569) in ſeinem Inſtitutionencommentar ad tit. de fidejussor. §. si plures nr. 19.[26]). Ebenſo Valentin Francus (tract. de fidejussor. Lips. 1594. c. 5. nr. 440. Joh. Zanger (de except. p. III. c. 19. nr. 8.) und der beſonders einflußreiche Anton Hering († 1610), welcher letztre nur den Speculator Durantis (und den von dieſem citirten Azo)

---

24) († 1441.) Lectura sup. Dig. nov. ad l. 49. (48) §. 1 cit.: Sed Doctores videntur aliter intelligere, quod hic propter duo non datur primo ben. divis. 1. quia ex intervallo fidejussit secundus, 2. quia inefficaciter obligatus sit minor; secus si efficaciter, quia tunc adhuc dicuntur confidejussores et inter confidejussores habet locum beneficium (div.). —

25) Auch Stephan Daoyz in ſeinem Index juris civil. (s. v. fidejussor nr. 53.) bezeichnet den Satz: fidejussores etiam separatim accepti habent benef. divis. als einen von den Doctores unter Verwerfung der Gloſſe ad l. 28 D. de fidej. recipirten Rechtsſatz. —

26) „Licet diversis temporibus intercedant, unus hodie, alter post „mensem, pro una tamen et eadem summa et pro uno debitore, nihilo„minus hoc beneficium habent."

als Dissentienten aufführt.[27]) Von Spätern führen denselben Satz ausdrücklich auf u. A. noch Lauterbach (dissertat. academ. vol. II. diss. de fidejuss. in genere auct. et resp. Erlenkamp. Tubing. 1658 §. 25) und die Holländer Ulrich Huber (praelut. ad Pand. tit. de fidejuss. nr. 7.) und Johannes Voet (comm. ad Pand. eod. tit. §. 22.). Sonst wurde im 17. und 18. Jahrhundert der Satz als so feststehend betrachtet, daß man es nicht für nöthig hielt, desselben besonders Erwähnung zu thun. Man begnügte sich, als Erfordernisse für die Anwendung des benef. divisionis aufzustellen, daß die Mitbürgen sich bei demselben Gläubiger für denselben Schuldner wegen derselben Hauptschuld verbürgt haben, womit von selbst die Unwesentlichkeit des zeitlichen Verhältnisses der Verbürgungsacte anerkannt war.

Auch nachdem in neuerer Zeit Kritz[28]) diese Lehre angefochten, ist dieselbe doch noch die herrschende geblieben, wie dieß die seitdem erschienenen unsere Frage berührenden Schriften beweisen.[29])

Daß ihr diese Herrschaft auch durch die neuesten Angriffe nicht beeinträchtigt werde, dafür zu wirken ist der Zweck der vorstehenden Ausführungen. —

---

27) Hering Tract. de fidejuss. Fress. 1606. 4. pars II. cap. 27. nr. 71. 72.: „Ut simul et semel uno quasi actu, plures fidejussores ad inducendam divisionem accipiantur, non requiritur, sed — — competit, quamvis diversis ac distinctis temporibus — — se obnexerint.

28) Pandektenrecht Thl. I. Bd. 1. Meißen 1835. S. 173 f. nr. 5. 6. Das Argument desselben, daß der ohne Beziehung auf den Andern sich Verbürgende nicht in Gemäßheit eines anderweiten Geschäfts, an dem er nicht Theil genommen, melioris conditionis werden könne und die von ihm angezogenen Stellen (l. 51 pr. l. 15 §. 1 D. de fidejuss.) sind bereits oben erörtert und gewürdigt worden.

29) S. Liebe, die Stipulation, Braunschw. 1840. S. 228. Girtanner, die Bürgschaft, Jena 1851. S. 466. Arndts Pandekten, 3. Aufl. München 1859, §. 355. Note 5. Grotefend: de exceptione divisionis, Gotting. 1852. p. 17. 18 („nunc quidem nemo, quin etiam fidejussores diversis temporibus accepti confidejussores esse possint, dubitabit"). Vgl. a. Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart v. 18. Mai 1852 in Seufferts Archiv Bd. VI. nr. 43. —